

A DESPEDIDA ARBITRÁRIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Acácia da Costa do Amor Cardoso*

Artigo apresentado à Escola Superior da Magistratura de Sergipe (Esmese) como requisito para a aprovação na disciplina Deontologia Jurídica, ministrada pela Dra. Patrícia Cunha.

RESUMO: A dignidade da pessoa humana não é somente um direito fundamental, se constituindo também em princípio fundamental da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, outrossim, a despedida arbitrária, quando ocorre, viola diretamente esse princípio basilar do nosso ordenamento jurídico. Por sua vez, não existe uma proteção eficaz na legislação contra a despedida arbitrária. Na Constituição Federal, encontramos apenas uma previsão insculpida no artigo 7º, inciso I de proteção prevista em lei complementar que ainda não foi editada. Diante dessa lacuna, como deverá atuar o magistrado no seu exercício de julgar, frente ao direito do empregador, afirmado como direito supostamente potestativo e a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana? Dentro desse contexto é que opera-se a análise do poder discricionário do magistrado, representando o Estado-Juiz e atuando na defesa de um Estado Democrático de Direito, guardião do texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: Dignidade da pessoa humana. Despedida arbitrária. Poder discricionário.

1. INTRODUÇÃO

Como expressa Hegel, o trabalho é uma atividade construtiva na vida social e individual¹. É direito fundamental do homem, posto que

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito Processual Penal pela Faculdade de Sergipe (FASE). Professora da Rede Estadual de Ensino. Procuradora da Prefeitura Municipal de Santa Luzia do Itanhy e Advogada. Aluna da Escola da Magistratura do Estado de Sergipe.

atende suas necessidades fundamentais. Fortalece a sua inserção no âmbito social e corrobora para dar efetividade à dignidade humana. Tem caráter imprescindível para a efetivação desse princípio basilar do nosso ordenamento jurídico.

A Dignidade da Pessoa Humana não é somente um direito fundamental, mas também se constitui em princípio fundamental da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, se constituindo ainda como objetivo da República, expresso em seu artigo 3º, inciso IV, o qual expressa que o Estado deve promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É seguindo neste diapasão que concebemos a despedida arbitrária aquela imotivada, sem justa causa ou discriminatória, como uma ofensa direta ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A despedida arbitrária se torna assim uma produtora de vítimas, tornando o trabalhador vulnerável, descartável, sem expectativa de reparação. Mesmo que na Constituição Federal haja a previsão insculpida no artigo 7º, inciso I, não há a lei complementar citada no referido artigo, “Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. (Constituição Federal, 2008. Grifo nosso).

O que temos de efetivamente concreto, conforme comentamos, é que a citada lei complementar a que se referem os artigos 7º, inciso I da Constituição Federal e o artigo 10 do ADCT, não foi ainda editada, deixando assim terreno fértil para discussões, controvérsias e as mais variadas decisões judiciais, em que passa a atuar o poder discricionário do magistrado.

Partindo dessa premissa é que o artigo se propõe a analisar o poder discricionário do magistrado frente a essa questão social: a despedida arbitrária.

Para cumprir o objetivo proposto é que primeiramente abordamos o direito do trabalho, inserindo-o no rol dos direitos fundamentais. Logo a seguir contextualizamos o instituto da despedida arbitrária, para somente então analisarmos o poder discricionário do juiz como princípio deontológico, traçando também um paralelo entre o a discricionariedade judicial e o pós-positivismo. Por fim, analisamos o cerne da questão quanto à discricionariedade do juiz relacionado à despedida arbitrária.

Ou seja, a lacuna do nosso ordenamento jurídico, pela não edição da lei complementar, quanto à despedida arbitrária.

2. O DIREITO AO TRABALHO – DIREITO FUNDAMENTAL

A história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. O mundo antigo por meio da religião e da filosofia veio a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano pelo simples fato de existir é titular de alguns direitos naturais inalienáveis. É a chamada pré-história dos direitos fundamentais. De modo especial os valores, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade do homem encontram suas razões na filosofia clássica, especialmente na greco-romana. A democracia ateniense constituía um modelo político fundado na figura de um homem livre e dotado de individualidade

Do antigo testamento herdamos a ideia de que o homem fora feito a imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo, advieram por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens perante Deus.

Enfatizamos a particular relevância, o pensamento de São Tomás de Aquino que além da referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas respectivamente pelo direito natural e a segunda pelo direito positivo.

No século XVII, a ideia dos direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão das autoridades aos ditames do direito natural encontrou eco nas referidas obras de Hugo Grocio, sendo decisiva, porém a influência de John Locke sobre os autores iluministas, primeiro a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem, (vida, liberdade e propriedade), Locke desenvolveu a concepção contratualista que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, lançando assim as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, o que por sua vez desaguou no reconhecimento dos direitos e liberdades dos indivíduos considerados como limites do poder estatal.

Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade,

direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude da sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens.

A declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 reconhecia ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens e não apenas de uma carta, direitos fundamentais de todos os cidadãos. Ingo Sarlet conceitua os direitos fundamentais sob os aspectos: formal e material

Os direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo de importância (fundamentalidade em sentido material) integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como os que por seu conteúdo e significado possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na Constituição formal (SARLET, 2001, p. 82).

Esses direitos fundamentais possuem gerações ou dimensões. Os direitos fundamentais de 1º dimensão, são os direitos do indivíduo frente ao Estado, são o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade e algumas garantias processuais: devido processo legal, habeas corpus, etc.

Os direitos humanos de 2ª dimensão visam propiciar um direito particular do bem-estar social, caracterizando-se por outorgarem aos indivíduos direitos e prestações sociais estatais, como a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho, constituindo-se em liberdades sociais, como exemplo temos a liberdade de sindicalização, o direito à greve; é a densificação da justiça social.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos da fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem das figuras individuais do homem destinando-se à proteção de grupos humanos. Temos como exemplo o direito à paz, a autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida. Cuida-se na realidade de novas reivindicações do ser humano, geradas pelo impacto tecnológico.

Compreendendo-se, portanto, porque os direitos de terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade de modo especial em face de sua implicação universal.

Temos ainda os direitos fundamentais de 4ª dimensão, que segundo Paulo Bonavides é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, correspondendo à derradeira fase de institucionalização dos direitos fundamentais. É formado pelo direito à democracia, à informação, assim como pelo direito ao pluralismo.

Um breve olhar lançado sobre as diversas dimensões dos direitos fundamentais nos revela que o seu processo de reconhecimento é de cunho dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, sendo ainda importante ressaltar que os direitos fundamentais são frutos de reivindicações concretas geradas por situações de injustiças ou agressões a bens fundamentais e elementares do ser humano.

O Direito ao trabalho é direito fundamental de 2ª dimensão, está incluso no rol dos direitos sociais. O artigo 1º de nossa Carta Magna dispõe que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” e elenca em seus incisos os fundamentos do Estado Brasileiro. O referido artigo traz em seu inciso IV “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” como uma das bases em que se alicerça o Estado brasileiro.

É somente com a força do seu trabalho que o indivíduo participa na construção da riqueza do país. Havendo assim uma estreita correlação entre trabalho e cidadania, como bem expressa Ulisses Guimarães, *verbis*:

O Homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete constituições anteriores, começa com o homem. Graficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é seu fim e sua esperança. É a Constituição cidadã. Cidadão é o que ganha, come, sabe, mora, pode se curar. (...)²

A nossa Constituição Federal de 1988 consagra inegavelmente, os princípios fundamentais do valor social do trabalho e o princípio

da dignidade da pessoa humana, relacionando-os. São princípios informadores do nosso ordenamento jurídico, os quais devem ser perseguidos, exigindo metas a serem efetivadas pelo Estado, posto que o não cumprimento dessas obrigações estatais concernentes, em especial a efetividade do direito ao trabalho, é uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, podendo ser exigido judicialmente.

3. DESPEDIDA ARBITRÁRIA - CONTEXTUALIZAÇÃO

É nessa diretriz que concebemos a despedida arbitrária aquela imotivada, sem justa causa ou discriminatória, como uma ofensa direta ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Enfatizamos que a despedida arbitrária se torna assim uma produtora de vítimas, tornando o trabalhador vulnerável, descartável, sem expectativa de reparação. Mesmo que na Constituição Federal haja a previsão insculpida no artigo 7º, inciso I, não há a lei complementar citada no referido artigo, “Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. (Constituição Federal, 2008. Grifo nosso).

O certo é que diante da despedida arbitrária todas as normas trabalhistas se tornam ínfimas, não podendo esta ser encarada com banalização, tal como preconiza Wandelli em sua obra, *verbis*:

A racionalidade formal positivista põe-se a serviço da banalização da despedida injusta, à medida que bloqueia a normatividade dos princípios e direitos fundamentais que permitiriam coibir-se a despedida em uma série de casos em que ela é tratada como simples e neutro exercício de um direito potestativo pelo empregador. (Wandelli – Despedida Abusiva (O direito do trabalho em busca de nova racionalidade. São Paulo LTR, 2004).

O que temos de efetivamente concreto, conforme comentamos, é que a citada lei complementar a que se referem os artigos 7º, inciso I da Constituição Federal e o artigo 10 do ADCT, não foi ainda editada, deixando assim terreno fértil para discussões.

Atualmente o instituto que dá alguma forma de proteção contra a despedida arbitrária é a Lei ordinária 9.029 de 13 de abril de 1995, que definiu o ato discriminatório como sendo qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou ainda sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Na CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 373-A, encontramos a proteção ao trabalho da mulher e o dispositivo expresso no artigo 165, também da CLT, que dispõe sobre a proteção dos empregados nas CIPAS, entendendo-se despedida arbitrária, aquela em que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

E questionamos: quais seriam especificamente esses motivos técnicos, econômicos e financeiros? A verdade é que o dispositivo em comento conceitua de forma muito vaga e imprecisa a despedida arbitrária; o trabalhador que não estiver na esfera das normas supracitadas, fica sem qualquer proteção?

Enfatizamos que o empregado é um ser humano dotado de especial dignidade, não podendo ser tratado como coisa ou objeto, a ponto de ser livremente dispensado do seu emprego sem qualquer justificativa ou fundamentação, pelo simples direito potestativo do empregador, até então sem limites. Edilton Meirelles assim ratifica:

A despedida arbitrária ou sem justa causa, portanto, não se constitui em direito potestativo do empregador. É um ilícito. E se o empregador não tem direito a despedir arbitrariamente, logo ele não pode abusar do direto (que não tem) de despedir. (Meirelles, 2005 p. 199 – *Abuso de direito na relação de emprego* – São Paulo LTR).

O direito positivado como expressamos, engloba normas apenas subjetivas e ainda insuficientemente regulamentadas, o que se concretiza em uma lacuna, não sendo fácil caracterizar a despedida arbitrária, cabendo essa aferição da incidência ou não de arbitrariedade no ato da dispensa, ao magistrado, que em sua atividade jurisdicional irá verificar a existência dos reais motivos que ensejaram a despedida. Enfatizo a utilização do poder discricionário do juiz, aliado a extrema sensibilidade, para detectar se na demanda houve a prática da discriminação, abuso ou

arbitrariedade por parte do empregador, que não poderá ser simplesmente considerada a despedida como poder potestativo do empregador, considerando que o direito ao trabalho se constitui em fundamento da República Federativa do Brasil, direito fundamental, como explanamos anteriormente.

4. PODER DISCRICIONÁRIO DO JUIZ – PRINCÍPIO DEONTOLÓGICO

Todas as categorias profissionais se pautam por um proceder ético. Não poderia ser diferente na atividade jurídica, por isso a existência de um código de regras, a que chamamos de Deontologia Forense, como expressa Manuel S. Lopez, citado em Nalini, *verbis*:

A deontologia jurídica há de compreender e sistematizar, inspirada em uma ética profissional, o status dos distintos profissionais e seus deveres específicos que dimanam das disposições legais e das regulações deontológicas, aplicadas à luz dos critérios e valores previamente decantados pela ética profissional. Por isso, há que distinguir os princípios deontológicos de caráter universal (probidade, desinteresse, decoro) e os que resultam vinculados a cada profissão jurídica em particular: a independência e imparcialidade do juiz, a liberdade no exercício profissional da advocacia, a promoção da justiça e a legalidade cujo desenvolvimento corresponde ao Ministério Público etc.

Deontologia é a teoria dos deveres. Deontologia Forense designa o conjunto das normas éticas e comportamentais a serem observadas pelo profissional jurídico.

O princípio fundamental que direciona a deontologia forense é: agir segundo ciência e consciência. Esse princípio inspira todo o comportamento profissional. Ciência significa o conhecimento técnico adequado, exigível a todo profissional. O primeiro dever ético do profissional é dominar as regras para um desempenho

eficiente na atividade que exerce. Além da ciência, ele deverá atuar com consciência. Existe uma função social a ser desenvolvida em sua profissão. Ele não pode estar dela descomprometido. Formar a consciência é o objetivo mais importante de todo o processo educativo. Ela é que avalia o acerto das ações, ela é que permite reformular o pensamento e as opções. Somente ela permitirá coerência ao homem, propiciando-lhe comportar-se de acordo com a própria consciência.

Além do princípio fundamental – agir segundo ciência e consciência – existem os princípios gerais da deontologia forense. Dentre eles está o princípio da discricionariedade, objeto do presente artigo.

O profissional do direito é, certamente, alguém provido de discernimento para exercer a profissão liberal. Mesmo subordinado à lei, o operador jurídico possui uma vasta área para selecionar as estratégias e as formas de sua atuação. O juiz tem discricionariedade no mais amplo espectro do exercício de sua missão. Para conceder ou não a medida liminar, para julgar conforme o estado do processo ou permitir a instrução, para fixar os pontos controvertidos da causa, para determinar de ofício, a realização de mais provas. E principalmente para sentenciar, devendo exercer de forma consciente, segundo Nalini, *verbis*:

É um poder terrível, que encontra freios éticos muito nítidos. O juiz não é um **escravo da lei**, operador insensível e despreocupado com as consequências de suas decisões. Precisa estar convicto de que à autoridade que lhe foi conferida corresponde responsabilidade também diferenciada. O exercício consciente da jurisdição acarreta deveres de ordem constitucional, legal e disciplinar. Os mais angustiantes, porém, são os deveres da esfera ética. Nem sempre a solução adotada, embora conforme com a **lei**, foi a mais satisfatória para os reclamos morais de uma inteligência sensível.

Como então, deverá se posicionar o magistrado frente às lacunas da lei, ou mesmo quando a legislação se torna insuficiente ou mesmo imprecisa diante de um caso concreto, como o da despedida arbitrária? Responderemos o questionamento no tópico seguinte.

4.1 A DISCRICIONARIEDADE E O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Passamos um grande período de nossa história sob a égide de um direito positivista, em que se pretendeu garantir direitos fundamentais apenas para determinadas classes sociais, em detrimento da justiça social e do desenvolvimento humano.

Kelsen, como maior representante do positivismo jurídico, afirma que direito é direito positivo, pertencendo ao domínio do dever-ser como produto normativo. O direito é um dever-ser que vale por si. Segundo o positivismo, não há como se entender o julgamento como opção ética. Ao contrário, os valores e qualquer discussão ética estão excluídos das discussões jurídicas, em especial, das judiciais.

Contudo, essa perspectiva encontra-se superada pelo pós-positivismo, que procura resgatar as noções éticas e novamente inseri-las nas discussões jurídicas. Esse movimento de reação pós-positivista apresenta clara modificação no papel do juiz.

O pós-positivismo inaugura o encontro da norma com a ética, introduzindo no ordenamento jurídico positivo as ideias de justiça e legitimidade, materializadas em princípios, assim nominados os valores compartilhados pela sociedade. O pós-positivismo permite ao juiz tornar a lei mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pela ótica jurídica. Há assim uma maior aproximação entre direito e moral, em que se busca a aplicação dos valores, quer por via dos princípios de direito, quer pela ótica jurídica

Outrossim, deverá o magistrado pautar-se por princípios éticos. Assim, um julgamento ético é aquele que não é meramente formal, mas, ao contrário, é um julgamento que vai atuar positivamente na realidade social. Neste aspecto, para se atingir um julgamento ético, é defeso ao juiz atuar mecanicamente, mas, ao contrário, deve adentrar na previsão das consequências de sua decisão.

O julgamento como opção ética é aquele resultante da atuação do juiz sintonizado com a realidade social que o envolve, ou seja, o juiz não pode ser omisso com a realidade social em que esta mesma decisão irá atuar. No caso da despedida arbitrária, o juiz se encontra com a premente realidade social, interferindo sobremodo no amparo familiar, atingindo valores que perpassam a ótica objetiva, posto que atenta contra a dignidade do cidadão.

5. A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL FRENTE À DESPEDIDA ARBITRÁRIA

Na despedida arbitrária, o juiz se depara com dois institutos amplamente debatidos em sede de Direito Processual: a proteção ao hipossuficiente e a discricionariedade do julgador.

No Direito Processual Trabalhista, por sua vez, o trabalhador é considerado hipossuficiente em relação ao empregador, razão pela qual aquele recebe uma proteção especial, entre elas a inversão do ônus da prova, exclusivamente em favor do empregado (princípio da proteção). Entendemos que uma parte não pode ser prejudicada em seus direitos somente por ser mais “forte” que a outra. Porém, se uma das partes não possui instrumentos técnicos e monetários à suficiência, o juiz tem o dever de zelar pela manutenção da estrita igualdade processual.

José Renato Nalini assim expressa:

O desequilíbrio da balança é evidente quando, de um lado, situa-se empresa provida de infindáveis arsenais para um litígio que lhe convém, muitas vezes, institucionalizar ao invés de pacificar. “De outro o indivíduo isoladamente considerado, carecedor de armas compatíveis para enfrentar a pugna, onde começa já na condição de perdedor.”

É certo que no Brasil, a realidade das relações trabalhistas, bem como a legislação vigente, apesar da aparente proteção dada pela legislação aos trabalhadores, não se realiza, essa proteção, de forma efetiva em nossa sociedade. Uma sociedade em que prevalece o capital e ficam a margem a dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho. É preciso asseverar a concepção de que a demissão do empregado não se constitui em direito potestativo do empregador, que agindo assim atenta contra o princípio basilar da Constituição Federal do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o trabalho consagrado como direito fundamental.

No caso da despedida arbitrária, sendo a lei insuficiente, o Juiz, no exercício do seu poder discricionário, deverá fazer uso de critérios que não são propriamente regras, mas princípios. Segundo Dworkin

Princípio são critérios que devem ser observados

pelos magistrados, não em função da melhoria ou avanço de uma determinada situação econômica, política ou social tida como desejável, mas porque constituem uma exigência de justiça ou fairness (equidade) ou alguma outra dimensão da moralidade. (...) O fato a ser destacado é que se o direito for entendido apenas como sistema de regras, os princípios (..), serão desprezados pelas teorias do direito como elementos que fazem parte do sistema jurídico. (2)

Ao trazer os princípios para o sistema jurídico, Dworkin demonstra que o espaço deixado ao magistrado não é tão amplo como pretendem os realistas ou positivistas, e que o fato de os juízes se utilizarem de outros critérios, que não apenas regras, na aplicação do direito, não significam que estejam agindo discricionariamente, mas apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico, que não se confunde com seus próprios valores.

Ao magistrado caberá avaliar o peso do princípio em questão, no caso a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do nosso ordenamento jurídico, não podendo o empregador, defendendo o seu direito potestativo despedir arbitrariamente. No caso da despedida arbitrária, o empregador assim agindo, vai de encontro a dispositivo constitucional previsto em nossa Lei Maior.

Outrossim, o magistrado se deparando com princípios concorrentes, devem estes ser harmonizados. Os conflitos devem ser resolvidos por intermédio de uma ponderação a respeito da sua importância, do seu peso, para a solução do caso específico, devendo avaliar o magistrado qual o princípio deverá prevalecer no caso concreto.

Ao juiz, aplicador da lei, a quem incumbe preencher o espaço de discricionariiedade deixado em aberto por um dispositivo legal, deverá se abstrair das suas ideologias, se valendo do conjunto de princípios do ordenamento jurídico, para decidir da melhor forma possível. Nesse passo, decidir discricionariamente significa decidir o melhor, melhor que deve ser perseguido, junto aos valores e princípios que permeiam o ordenamento jurídico.

Ou seja, na decisão de se avaliar se uma despedida foi ou não arbitrária, não deverá haver apenas o bom senso do juiz, posto que chegaremos ao

questionamento: qual é o parâmetro do bom senso do juiz? Ou ainda, o direito potestativo do empregador de despedir, se sobreporia ao direito fundamental ao trabalho do empregado?

A verdade é que o processo não pode ficar ao alvedrio do juiz, que não poderá atuar de forma arbitrária. Entendemos que um direito não pode se sobrepor a um princípio, até porque esse princípio é sustentáculo de todo um ordenamento jurídico, como é o princípio da dignidade da pessoa humana, ou ainda quando o direito perquirido ofende ao fundamento da nossa República Federativa, no caso o direito ao trabalho.

Dessa forma, ainda que não haja norma legal a respeito do tema, ou que estas se mostrem insuficientes como na despedida arbitrária, o magistrado deverá se valer em seu poder decisório dos princípios norteadores constitucionais.

É de bom alvitre ressaltar, que o magistrado não é detentor de amplos poderes na condução do processo, sem que lhe sejam fixados limites de atuação, é uma prática que contraria os princípios da legalidade e do devido processo legal. É tarefa de o Magistrado assegurar a observância dos princípios fundantes da nossa ordem constitucional. Devendo o juiz decidir conforme a direção indicada pelo princípio ao qual ele se veja obrigado, da mesma forma em que ele se vê obrigado a aplicar uma regra.

6. CONCLUSÃO

Diante das considerações explanadas constatamos que o direito do trabalho é uma das nuances mais importantes, e até mais visível dos direitos humanos. O artigo 1º, da CF, consagrou como princípios fundamentais da República, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho; o artigo 3º preconizou como um dos objetivos fundamentais da República, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV); o artigo 170 estabeleceu que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e conforme os ditames da justiça social.

O maior problema social da atualidade é, inegavelmente, o desemprego. O desemprego destrói a autoestima, guilhotina o ser humano. A facilidade jurídica conferida aos empregadores para dispensarem seus empregados impulsiona o desemprego.

Quando o empregador se arvora no direito de despedir o empregado de forma arbitrária, desmotivada ou sem justa causa, viola os princípios

acima referidos. O Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito e seu objetivo primordial é promover a justiça social e o bem-estar de todos. A proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores.

O magistrado, por sua vez é a representação desse Estado-Juiz, investido no poder de avaliar e decidir concretamente se a despedida é considerada arbitrária ou não, fazendo assim prevalecer o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, não se tornando refém das leis positivadas, assegurando os princípios fundantes da ordem constitucional, favorecendo a formação de um Estado Democrático de Direito. Ressaltando que o princípio da discricionariedade do juiz no seu poder decisório somente será valorado se não for omissa na análise da realidade social em que esta decisão se fará evidente, ou seja, se essa decisão judicial se constituir em uma decisão ética.

THE ARBITRARY DISMISSAL AGAINST THE PRINCIPLE OF JUDICIAL DISCRETIONARY

ABSTRACT: The dignity of the human person is not only a fundamental right, becoming also the fundamental principle of the Federative Republic of Brazil, inscribed in article, paragraph III of the Federal Constitution, moreover, the arbitrary dismissal, when directly violates this principle occurs basic of our legal system. In turn, there is no effective protection in legislation against arbitrary dismissal. In the Federal Constitution, we found only one forecast inscribed in article 7, subparagraph I of the supplementary protection provided for in the law that has not been edited. Faced with this omission, as the magistrate shall act in their exercise of the judge, in front of the right of the employer, said as the law asseverated authority and the offense to the principle of human dignity? Within this context is that operates the analysis of the magistrate's discretionary, representing the state judge and acting in defence of a democratic State of law, guardian of constitutional text.

KEYWORDS: The dignity of the human person. Arbitrary dismissal. Magistrate. Discretionary.

Notas

¹ MELO, Cesar Adriano de. *Hegel e sua filosofia política*. Disponível: <http://www.revistafarn.inf.br/>

revistafarn/index.php/revistafarn/article/viewFile/33/36. Acesso em: 17 /06/2011.

² GUIMARÃES, Ulysses. In: AMORIM, Ivan Gerage. *Cidadania e direito ao trabalho*.

Disponível em <http://www.buscalegi.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/32789/public/32789-40560-1-PB.pdf>. Acesso em: 14/06/2011.

³ Ronald Dworkin, *Models of Rules*, originalmente publicado pela University of Chicago Law Review, em 1967; a versão utilizada neste trabalho foi publicada na coletânea do mesmo autor, *Taking Rights Seriously*, ob. cit., 1977.

REFERÊNCIAS

ALEXI, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. TRADUÇÃO Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Maleiros, 2008.

SARLET, Íngo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Porto alegre. Livraria do advogado, 2001, pág. 82.

MEIRELES, Edilton. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

MONTENEGRO NETO, Francisco. *A resolução do contrato de trabalho segundo a Lei 9.029/95 e a prevalência dos princípios na aferição da discriminação da dispensa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.928, 17 jan. 2006. Disponível em [HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/7837](http://jus.uol.com.br/revista/texto/7837). Acesso em: 2 mar. 2011.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva*. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr. 2004. Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*. Coimbra, Armênio Amado Editor, 1976, 267.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. *O julgamento como opção ética e a discricionariedade judicial*. Disponível em: /065/65pessoa.htm >. Acesso em: 12 jun 2006.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo. *Discricionariedade jurídica*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 23, 30/11/2005 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista-artigos-leitura. Acesso em 25/06/2011.